

身分，婚姻および家族に対する犯罪（西独）

山 口 林 之 助

目 次

略 語 表

I 総 説

II 個々の構成要件

- A 家族的身分を偽る罪（第169条）
- B 不正手段で婚姻を遂げる罪（第170条）
- C 家族財産の浪費（第170条 a）
- D 扶養義務違反（第170条 b）
- E 妊婦に対する救護の拒否（第170条 c）
- F 子供の放置（第170条 c）
- G 重婚（第171条）
- H 姦通（第172条）

略 語 表

Bayoblg.....	Entscheidungen des bayerischen Obersten Landesgerichtes in Strafsachen.
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung), angeführt nach Band, Teil und Seite.
BGHSt	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen.
Binding I / II	Binding: Lehrbuch des Gemeinendeutschen Strafrechts, 1. Bd. 2. Aufl. 1902; II. Bd. 1./2. Aufl. 1904/05.
DR	Zeitschrift, Deutsches Recht
Frank.....	Reinhard Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 18. Aufl. 1931.
Gerlan	Gerland: Deutsches Reichsstrafrecht, 2. Aufl. 1932.
Haftter.....	Haftter: Lehrbuch der schweizerischen Strafrechts. Bd. I. Allgemeiner Teil. 2. Aufl. 1946; Bd. II. 1. Besonderer Teil, erste Hälfte, 1937; Bd. II. 2. Besonderer Teil, zweite Hälfte 1943.
HESt.	Höchststrichterliche Entscheidungen, Sammlung von Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Strafsachen.

- JW Juristische Wochenschrift.
- JZ Juristenzeitung.
- Kg Kammergericht.
- Kohlrausch-Lange... Kohlrausch-Lange: Strafgesetzbuch, 39.u.40. Aufl.1950 mit Nachtrag,
Strafrechtsänderungs-und Freiheitsschutzgesetz, 1952
- Liszt-Schmidt..... V.Liszt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, besorgt von Eb. Schmidt,
25. Aufl. 1927.
- LK Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, herausgegeben von Nag-
ler, Mezger, Bohde u. a.; §§ 80/152 in der 7. Aufl. 1954; §§ 153-370 und
Einführungsgesetz in der 8. Aufl. 1958.
- Maurach II Maurach: Grundriß des Strafrechts, Besonderer Teil. 1948 II.
- Maurach Bes. Teil.....Maurach: Deutsches Strafrecht Besonderer Teil. 2. Aufl. 1956.
- Mezger Stu B II ... Mezger: Strafbuch (Einstudierenbuch) II. Besonderer Teil.4. Aufl. 1954.
- Mezger Bes. Teil Mezger: Strafrecht II. Besonderer Teil. 7. Aufl. 1960.
- Nds R Pfl ... Zeitschrift, „Niedersächsische Rechtspflege“
- NJ Neue Justig.
- NJW Neue Juristische Wochenschrift.
- OLG Oberlandesgericht
- Olshausen Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch herausgegeben von Nie-
hammer, Treisleben u. a., 12 Aufl. 1942.
- RGSt Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
- Sauer Bes. Sauer : System des Strafrechts (Bes. Teil) 1954.
- Schönke-Schr Schönke-Schröder : Strafgesetzbuch (Kommentar) 7. Aufl. 1954.
- SchlHA..... Schleswig-Holsteinische Anzeigen.
- Schwarz Schwarz : Strafgesetzbuch. 14. Aufl. 1951 mit Nachlag : Strafrechtsä-
nderungs gesetz, 1952.
- Thormann-v. Overbeck Thormann-v. Overbeck: Das schweizerische Strafgesetzbuch.
Bd. I — III, 1940—43.
- Welzel Bes. Teil ... Welzel : Das Deutsches Strafrecht Bes. Teil, 6. Aufl. 1958.

I 総説

もともと、刑法典には、婚姻および家族の保護に関しては、少数の規定しかなく、しかもそれらは別異の章に分属していた。1927年案は、これらの諸規定を新たな一章「婚姻、および家族に対する重罪および軽罪」に統一しようと試みた。その後の改正により構成要件は増加された。1943年5月9日の「婚姻、家族および母たる身分の保護に関する法律」、および同年5月18日の施行法が今日の内容と形式を与えた。

本章の構成要件は、その侵害および保護の方向において個別的には異なるが、それが国家秩序の前国家的細胞、婚姻、家族および親族の概念に分類されることにより互に結合される。かゝる基本的小団体は、国家秩序により創設されたものでなく、発見されたものであって、これを団体生活の基礎と認めることにより、甚だしく個人的なものゝ領域を越えて成長したが、個人的なものとの関連を失うことはなかった。この点から、これに対する犯罪は常に公共の侵害として処罰され、他方一定の場合に、具体的に侵害を受けた家族員が顧慮される事情が明かになる(1)。「本章の構成要件において、個人的利益が顕著な役割を演ずること屢々であるが、前面に立つのは婚姻制度および家族制度における一般的利益である(2)」。

本稿は家族生活に対する刑事法的関心を見ようとするものであるが、かゝる視点よりすれば、本章（刑法典第12章）の体系に対しては相当批判の余地もあるようである(3)。

II 個々の構成要件

A 家族的身分を偽る罪 (§169)

Wer ein Kind unterschreibt oder vorsätzlich verwechselt, oder wer auf andere Weise den Personenstand eines anderen vorsätzlich verändert oder unterdrückt, wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren und, wenn die Handlung in gewinnsüchtiger Absicht begangen wurde, mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft (§169 I)

Der Versuch ist strafbar (§169 II)

I 本条は家族的身分の侵害を規定する。本条の Personenstand (身分) が Familienstand の意味であることは、学説の一致するところである(4)。けだし、保護法益は家族である。単なる身分は、人間を孤立的に観察して共同社会に組入れるものである。身分もまた血統により取得される(姓名、地位、国籍)、しかし、必然的相互関係たる家族的身分関係と混同してはならず、第169条の保護の対象でもない(5)。家族的身分は、家族法に基礎づけられた二面関係である。それは、前国家族的最小秩序組織(血統、婚姻、家族)の範囲における個人の位置づけに役立つ。絶対的家族的身分は、特定の男子による子供の生産、特定の女子による出産の如く不変的なものであり、相対的家族的身分は法定の手続により変更されるものである。それが契約(婚姻、養子縁組)によるものであるか、行政行為(民法第1723条による嫡出宣告)によるものであるか、判決(離婚)によるものであるかはこれを問わない。いかなる場合にも、相対的家族的身分の変更は、絶対的家族的身分に影響を与えない(6)。

人間の性もまたたんに身分に属するのみならず、家族的身分に属する。けだし、それは両親に対し息子または娘の関係を示すものであって、これもまた一つの关系的身分であるから(7)。関係者の

一人が後に脱落しても、かゝる関係の身分は変わらない。家族的身分を有するのは、生存者または曾っての生存者である。したがって死産児は除かれる。

本条により保護されるのは、たゞ他人の身分のみ。自己の身分の変更または隠蔽、行為者に属さない身分の僭称は本条の対象とならない。しかし、第 263 条、271 条、360 条 8 号により処罰することができる⁽⁸⁾。

II 行為は身分の変更または隠蔽。

1 変 更

a) 身分の変更は、人格の調査の権利および義務を有する者または一般に対し、少なくとも事実上家族法上の関係が実際とは異なって表示される原由たる状態を招来すること⁽⁹⁾。継続的状态の招来は必ずしも必要でない⁽¹⁰⁾。非嫡出子を嫡出子として戸籍簿に申告するとき⁽¹¹⁾、婚姻外の母の夫が非嫡出子を事実上反して自己の子として承認すると⁽¹²⁾き、婚姻外の母が後見裁判所裁判官に対し、無関係者を子の男親として挙示すると⁽¹³⁾き、別人が継続的に妻と称せられると⁽¹⁴⁾き、戸籍役場に死亡届をする際に、死亡者を再婚者とする代りに寡婦と表示すると⁽¹⁵⁾き、このような変更が生ずる。父親がその他の官庁（例・生活保護局）に非嫡出子を嫡出子として届け、婚姻外の子の母を正妻として表示するばあいも同様である。夫婦の一方が、他方の死亡宣告の申出を為すときは、身分は新婚の締結によって始めて変更されるのではなく、すでに配偶者の死亡宣告によって変更される。⁽¹⁶⁾

b) 法律は、子供に関係ある変更の二種の犯罪形式を特に顕示する。この場合、子供は若年のゆえに、おのれの身分について未だ相応の表象を有しないものと解すべきである⁽¹⁷⁾。

(1) 変更は「子供の摩り代え」によって行なわれる。これは、実母でない者の実子であると思わしめる状態の招来を意味する。名義上の母親も行為者となり得⁽¹⁸⁾る。

(2) 変更はさらに、「子供の取り違え」によっても生ずる。この場合は、実際は他人に属する身分が、ある子供に帰属せしめられる。

2 身分の隠蔽とは、或る人の実際に存在する家族法上の関係が、効力を発生することを妨げられ、または困難にされる状態を招来することである⁽¹⁹⁾。身分の変更と異なり、虚偽の家族法上の関係の外観が生ぜしめられることを必要としない。隠蔽はたとえば、扶養手続における虚偽の供述中に存在する。すなわち、婚姻外の子の母親が多数相手との交渉を黙秘して、特定の男子を父親として申告する場合⁽²⁰⁾。出生を申告しない場合もそうで⁽²¹⁾ある。

婚姻外の母が、子供の父を知りながら、その名をあげることをたんに拒絶する場合は隠蔽とならない。けだし、婚姻外の母は、そこまでは義務づけられないから⁽²²⁾。

III 主観的構成要件たる故意は、他人の家族法上の関係の実際の効力を、一定期間排除または妨げることに向けられていなければならない。未必の故意で足りる。判例は、子供のために収入を不正手段で獲得することのみが、正式の婚姻によらない母親に取り主要問題であるときは、故意を否定する傾向にある⁽²³⁾。第 169 条後段における刑罰加重の理由により、故意を肯定することの招く重大な結果を顧慮するときは、かゝる傾向はなるほど理解し得るが、理論的には困難であろう。けだし、かゝる場合には、少なくとも未必の故意が家族的身分上の効果にまで及ぶであろうから。しかし少なくとも、こゝで問題になっている「収益詐欺」の場合には、第 169 条に確定的故意を必要と

することが一層適切であろう²⁴。

4 本罪の未遂は処罰される（第2項）。たとえば、虚偽の申告の登記が戸籍役場でなされないでいるような場合に未遂がある²⁵。欺罔の状態の基礎づけによって、したがって通常、登記を為さしめる場合に登記の完了を以って既遂となる。本条は「状態犯」である（継続犯ではない）。すなわち行為は、違法状態を作出存続せしめる。しかし、直接の公示により（または公示がなされた筈の時点をもって）構成要件上既遂となるのみならず、終了する。ゆえに時効は、犯罪終了の時から開始するのであって、違法状態除去（記録の訂正）と同時に開始するのではない。同様に、一度基礎づけられた違法状態を維持するに役立つにすぎない行為は（別の構成要件による判断を留保して）第169条により独立に処罰されることはない²⁶。

IV 科刑は通常の場合は3年以下の軽懲役。行為が利慾の目的を以って為されるときは、10年以下の重懲役。酌量事情は規定がない。わけでも重要なのは、判決によって、「利慾の目的」なる概念に厳密な要求がなされていることである。通常は、行為者が経済上の不利益の回避を含めて、物質的利益を得んとする場合は、かゝる標識を充足するに十分であるが、この場合「過度の不健全な利得の努力」が要求される²⁷。したがって、正式の婚姻によらない母親が不正な方法で（子供の扶養請求権を水泡に帰せしめないために、複数人との交渉を黙秘する場合：民法第1717条）子供に対する扶養収入を取得しようとし、そして第169条第1項の要求する故意が疑もなく存在するときにも、利慾目的の概念の適用を失う²⁸。その外、行為者が嫡出子として申告された子から非嫡出子の汚名を取り去ろうと欲するとき²⁹、近親姦により生まれた子の母親が、処罰を免れるため別の男を子の父親として申告するときにも同様である³⁰。

V 非嫡出子の身分の隠蔽にあつては、母親と並んで父親も顧慮される³¹。

B 不正手段で婚姻を遂げる罪（§170）

Wer bei Eingehung einer Ehe dem anderen Teile ein gesetzliches Ehehindernis arglistig verschweigt, oder wer den anderen Teile zur Eheschließung arglistig mittels einer solchen Täuschung verleitet, welche den Getäuschten berechtigt, die Gültigkeit der Ehe anzufechten, wird, wenn aus einem dieser Gründe die Ehe aufgelöst worden ist, mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag des getäuschten Teils ein.

I 本条は Ehebetrug および Eheerschleichung を規定する。行為の本質は、解消の危険に曝された家族的身分の設定である。第169条と異なり、家族的身分が欺罔されたり隠蔽されるのではなく、法律により是認された家族的身分の設定に矛盾する事情が偽造されること。

1 Ehebetrug の構成要件として要求されるのは、婚姻に入るに際し、一方が他方に対し婚姻障碍を奸策的に黙秘することである。こゝに婚姻障碍とは、婚姻法第16条乃至22条、第30条乃至34条に規定されている無効原因および取消原因である。黙秘はそのような婚姻障害のあらゆる非開示において見出される。けだし、婚姻を為すに当り、すべての場合に、報告義務が存在するからである³²。黙秘は、行為者がそれによって生ずる相手の不利益を容認するときは、奸策的なものと

る³⁹⁾。

2 Eheerschleichung とは、行為者が、婚姻の取消権を被欺罔者に与える根拠となる欺罔手段によって、相手を婚姻締結に誘惑することである⁴⁰⁾。相手方に既に存在する錯誤を意識的に利用することで足りる⁴¹⁾。

婚姻が、婚姻障碍または欺罔のかどで、無効判決または取消判決により解消されたことが刑事訴追の要件である⁴²⁾。これを訴訟条件でなく、処罰条件と解すること屢々であ⁴³⁾る。刑事訴追は欺罔された側の告訴を前提とする。「nur」は「告訴」にかゝるのであって、「欺罔された側」にかゝるのではない。告訴権者は、欺罔された者の外、第65条に挙げられた者である。訴追の時効に関しては、第69条の停止規定が適用される。ゆえに、時効は婚姻の解消が効力を発生すると同時に開始する⁴⁴⁾。

II 科刑は、3ヶ月を下らない軽懲役。

C 家族財産の浪費 (§170a)

Ein Ehegatte, der Familienhabe böswillig oder aus grobem Eigennutz veräußert, zerstört oder beiseite schafft und dadurch den anderen Ehegatten oder einen unterhaltsberechtigten Abkömmling schädigt, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein. Die Zurücknahme des Antrages ist zulässig.

（本項は、1953年8月4日第三次刑事法改正法律により改正）

I 本条の根本思想は、家族生活のためおよび家族の保証のために必要な家族財産を害意、または利己心による剝奪に対して確保すること⁴⁵⁾。侵害の対象は「家族財産」、法益は「最小の経済的細胞としての家族の存立」⁴⁶⁾。

II 客観的構成要件は、夫婦の一方が家族財産を処分し、破壊し、または取り除き（いわゆる浪費的態度）、よって配偶者または扶養を受ける権利を有する卑属に損害を与えること。

1 家族財産とは、家庭において共同生活を営む家族員の使用と保証に役立つ一切のもの。これに属するのは、什器、絨毯、窓掛、照明用具、台所用具のような住居の調度品、衣類、書籍、貸金、配偶者または子供のための生命保険。家族財産に属するのは、たゞに不可欠のもの、または民事訴訟法第811条の意味における差押を許さないもののみならず、家族の生活慣習および家族生活の様式上一純粋に個人的なものであろうと⁴⁷⁾一家庭において共同生活を営む家族員の使用に役立つ一切のものである。物件が、婚姻上の住居に存在することを要せず、夫婦のいずれの所有であるか、または子供の所有に属するかも問題でない⁴⁸⁾。中位の農家にあつては、家畜の全頭数が家族財産に属する⁴⁹⁾。

2 行為は、家族財産を処分し、破壊し、または取り除くこと。処分は、家族財産の一個または一部でよい。

a) 処分は、こゝでは権利の譲渡とのみ解すべきでなく、権利を放棄し、譲渡し、負担を課し、またはその内容を変える意思表示のすべてがこの概念に属する。

b) 物件が、存在を中止する程完全に除却されたら破壊となる。家族財産に損害を与えるだけでは足りない。

c) 家族財産がこれまでと同じ方法で、夫婦の一方、または子供の手に入らなくなる場合に、「取り除かれた」というのである。たとえば、目的物が浪費の結果住居から第三者の保管に移される場合。いかなる方法で取り除きが生ずるかは重要でない⁴⁴⁾。ひそかになされることは要件でない。被害者が、裁判所に救済を求めることその他の方法により、物件の使用を回復することができる場合にも取り除きがある。

3 行為により、夫婦の一方または扶養を受ける権利を有する卑属が損害を受けることを要する。財産法的性質の不利益のみが顧慮されるべきであって、精神的性質の不利益が基準となるのではない⁴⁵⁾。これに反し、判例は甚だしく観念的方向を取った。すなわち、家庭における混乱、無秩序の発生をもってすでに「侵害」として十分であるとする。学説はかゝる見解に対し烈しく対立する⁴⁶⁾。しかし、構成要件を目的に適うように制限するために、離婚の可能性を生じ、または民法第1666条による処分の原因を与える行為の存在するときのみ損害を認めることができるのは行きすぎであろう⁴⁷⁾。

Ⅲ 主観的構成要件として、故意の外に、処分、破壊または取り除きが害意をもって、または甚だしい利慾から生ずること。

1 憎悪または復讐の感情に導かれ、または卑しい動機から、配偶者または扶養を受ける権利を有する卑属に害を加えることを目的とする者は悪意の行為者⁴⁸⁾とされる。

2 自己の利益を追求する態度が、特に不快を覚えさせる程度であれば、甚だしい利己心から行為する者と解される。⁴⁹⁾夫婦の一方が所有権を引合に出して、自己の物を他方からその意思を問うことなしに取り去ることが許されるとの錯誤は、これにより相手方が損害を被るときは RG1944S. 528 によれば、やはり責任阻却の効力をもたない。こゝに主張される見解によれば、錯誤が宥恕されるべきものか否かゞ重要となる。

Ⅳ 行為者となれるのは配偶者のみ。子供または第三者はなれない。所有関係は重要でない。専ら自己の所有に属する所有物を処分し、破壊し、取り除く配偶者も行為者となる。内縁の父は、本条の文言によれば行為者でない。⁵⁰⁾

V 第170条、第266条と想像的競合が可能。

Ⅵ 当事者の意思に反して家族関係に干渉することを避けるために、訴追は告訴にかゝらしめられる。告訴の取り下げは、配偶者および扶養を受ける権利を有するすべての卑属に許される。

Ⅶ 科刑は2年以下の軽懲役または罰金。

未遂の処罰は廃止された。

D 扶養義務違反 (§170b)

Wer sich einer gesetzlichen Unterhaltungspflicht vorsätzlich entzieht, so daß der Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten gefährdet ist oder ohne öffentliche Hilfe oder die Hilfe anderer gefährdet wäre, wird mit Gefängnis bestraft. Der Versuch ist Strafbar.

（類似の構成要件§361Nr.5）

I 本条は扶養義務違反を規定する。本条の根本思想は、扶養義務に刑法的効力を付与することにより、家族、および血縁により結合された他の人々の結合を確保しようとするものである。それと共に、不正な要求も公の手段により防止しようとする。本条の起源は1943年の改正と同時に削除された第361条10号の違警罪の構成要件であり、一方、本来の違警罪を軽罪にまで高めたことについては、スイス刑法第217条の例が基準となっている。因に、1943年の立法は、スイスの原型が特に主観的領域において賢明な緩和を為し⁶⁴⁾たのを全く無視し、重大な疑念を抱かしめる行為類型を作った。それは第170条aよりも漠然としており、したがって耐え難い逸脱を避けるためには前者よりもさらに厳格に限定された解釈を必要とする⁶⁵⁾（支配的見解）。

II 客観的構成要件として、或る者が法律上の扶養義務を拒み、よって扶養を受ける権利を有する者の生活上の需要が危くされるか、または公共の救助もしくは第三者の救助がなければ危くされることが必要。

1 法律上の扶養義務

a) 法律上の扶養義務は、民法の意味における扶養義務と解すべきである。すなわち、配偶者、しかも離婚した配偶者⁶⁶⁾に対する扶養義務、嫡出の子および両親に対する扶養義務⁶⁷⁾。さらに婚姻外の父⁶⁸⁾もまた本条の意味における扶養義務者に属する。また夫は、婚姻中に生まれたが自分の生ませたのではない子について、嫡出取消を中止したときは扶養義務を有する。⁶⁹⁾ 扶養義務の有無の決定に際しては、扶養を受ける権利を有する者の順位の調査が肝要。⁷⁰⁾ 扶養請求権を裁判所で主張することは要件でない。法律上の扶養義務のみが顧慮される。契約にもとづく扶養義務では不十分。

b) 扶養は全生活需要を包含する⁷¹⁾。それは不可避免的なもの、および身体の看護のみに制限されない。扶養を必要とする者に対しては、社会的地位の相異に従い個別の場合に、精神的利益の保護に必要な手段も与えねばならない。たとえば書籍の調達。民法におけると同様に、こゝでも財産法的関係における救護のみが扶養に属する。「義務者は扶養を要する者のために力を尽すこと、事情に応じ可能な方法で保護に努めること―子供については養育と教育に努力すること」も⁷²⁾ 扶養義務に属すると解するのは適切でない。構成要件は、生活需要の危険を前提とする。民法第1610条第2項にも使用されているこの表現は、扶養義務を民法におけると同様に制限することを示唆する。子供に対する看護義務は特別の構成要件（§170d）として規定されている。

c) 明示的規定はないけれども、扶養義務者は扶養を為すことが可能なこと、すなわち自己の最低生活費を危くすることなしに扶養を為すことができることを前提とする。⁷³⁾ これは、財産および収入からなる現存の手段ならびに労働力の利用により手段を獲得する可能性を顧慮して判断される事実上の給付能力⁷⁴⁾。給付能力は、義務者が、必要な扶養の一部のみを与え得るときにも存在する⁷⁵⁾。扶養義務者は、収入を生ずることのできるすべての労働を為さねばならぬ。場合によっては、期待できれば職を変え⁷⁶⁾、事情により手術も受けねばならない。⁷⁷⁾

2 扶養義務は、作為、不作為により拒まれる。たとえば、自己の労働力を十分に利用しない者、⁷⁸⁾職を棄て、放浪する者、住所または住所内の居場所を変えて扶養請求権者またはその代理人の追求を不可能にする者がその例。後になって給付不能の結果をもたらす浪費では十分でない⁷⁹⁾。

扶養義務の免脱は、かゝる義務が前以って判決により確定されていることを要しない。刑事裁判官は、刑事手続の原則に従い扶養義務の存在を決定する⁽⁶⁷⁾。さらに、官庁あるいは何人かゞ扶養義務者に対し、先ずはじめに請求したことを要しない。⁽⁶⁸⁾

Ⅲ さらに、行為者の行為により、扶養権利者の生活費が、公の救助または第三者の救助なしには危くされるであろうことが客観的構成要件に属する。従って、扶養義務者の行為により、扶養権利者が落魄したことを要せず、困却の脅威あることで足りる。

Ⅳ 主観的構成要件に必要な故意は、自己の扶養義務と給付能力を認識し、なお自己が扶養義務を履行していないこと、さらに自己の行為によって、扶養権利者の衣食が危くされること、または公共の救助もしくは第三者の救助がなければ、扶養権利者の衣食が危くされるであろうということにまで及ばねばならない。未必の故意で足りる。確定力ある有罪判決にも拘らず、扶養義務なしと解することは故意を阻却しない。⁽⁶⁹⁾何人かゞ善意で、たとえば教育的理由から援助を留保するとき、故意による扶養義務の回避ではない。敵対関係、邪悪な心術は不要。⁽⁷⁰⁾

Ⅴ 未遂も有罪。事情によっては、偽名して女性と性的交渉を開始することが未遂となる。

Ⅵ 科刑は軽懲役。

Ⅶ 第36条5号とは想像的競合が可能。

Ⅷ 本条は継続行為を意味する。時効は違法状態の中止と同時に開始する。

E 妊婦に対する救護の拒否（§170c）

Wer einen ihm Geschwängerten gewissenlos die Hilfe versagt, deren sie wegen der Schwangerschaft oder der Niederkunft bedarf, und dadurch Mutter oder Kind gefährdet, wird mit Gefängnis bestraft.

I 妊婦に対する物質的ならびに精神的救護を刑法上保証しようとする本条の基礎は、倫理的救護義務。「本条は、不良放埒な男子の良心に刺戟を与える⁽⁷¹⁾」。

本構成要件の典型はスイス草案。スイス刑法第218条が相応規定。スイス刑法に影響を与えたのはフィンランドおよびノルウェーのそれ。

Ⅱ 客観的構成要件は、自己の妊娠させた女に対し、妊娠と分娩に必要な救護を拒否し、よって、母親または子供を危くすること。

1 先ず妊娠または分娩による婦人に対する救護が必要。

2 行為の本質は、婦人がその境遇上必要としそして男子に可能な救護を与えないこと。救護を与える義務は、必要な物質的手段の供与義務、特に、妊娠の最後の数週間に対する扶養費、分娩費、および分娩後最初の一週のための費用を含む。婚姻外の父の救護義務が物質的なもの（民法第1715—1716条）にとゞまるか、精神的なものにまで及ぶかについては見解が分れる。積極に解する説は、たとえば激励、家族との和解等による精神的救護をも含むとなす⁽⁷²⁾。こゝで刑法の客観的形式によって実質的民法が作出されたか⁽⁷³⁾、または、たゞ純粹に刑法規定にのみ関するものであるかは解釈上の疑問である。

3 救護の拒否により、母または子が危険に陥らねばならない。危険とは母または子の生命およ

び健康を維持するために必要なものを欠く場合、あるいは遺棄された母が困却と絶望のために自殺を企てその準備をする場合。

4 妊娠は、たゞ行為者として顧慮された男子とのみの交渉によるものであることが確立されねばならない。妊婦が、別の男とも交渉をもったときは本条の適用はない⁷⁴⁾。

Ⅲ 主観的構成要件として故意が必要。過失は不可罰。未必の故意で足りる。さらに救護の拒否に関しては、行為者は非良心的であることを要する。行為者が責任感情を反社会的感情から意識的に抑圧したり、沉んや生ぜしめない場合がそれである⁷⁵⁾。妊娠させた女が、その境遇にも拘らず、別の男と関係をもったという理由から救護を拒否するのは非良心的とならない⁷⁶⁾。

Ⅳ 行為者となれるのは、救護を要する婦人を妊娠させた男子のみ。婦人が行為者と婚姻しているか否かは問わない。

Ⅴ 想像的競合は、扶養義務違反（第 170 条 d）、遺棄（第 221 条）との間。実質的競合は特に、第 174 条、および第 182 条との間。

Ⅵ 科刑は軽懲役。非申告罪。未遂は概念的には考えられるが、成文法上は不可罰。未遂の無罪は立法者の寛大に帰せられるよりも、むしろ、立法者が不当にも第 170 条 c を純粹の不作为犯と見たことに帰すべきであろう⁷⁷⁾。こゝでもまた継続犯が成立する。

F 子供の放置 (§170d)

Wer das körperliche oder sittliche Wohl eines Kindes dadurch gefährdet, daß er in gewissenloser Weise seine Fürsorge-oder Erziehungspflichten gröblich vernachlässigt, insbesondere das Kind ohne ausreichende Nahrung oder Wartung läßt, wird mit Gefängnis bestraft, soweit nicht die Tat nach anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist.

Ⅰ 本罪の本質は、子供に対して存在する看護および教育義務を、良心のない方法により、甚だしくなおざりにすることにより、子供に緊急の危険を生ぜしめることである。侵害の対象は子供の身体的または道徳的福祉であり、法益は子供の看護を受ける権利である。

一派の学者は⁷⁸⁾、本構成要件の保護機能の倫理的福祉への拡大は、政治的立場の如何によって、適用が無制限に自由であり、法的確実性の原則に反するものとなし（被保護者の身体的完全のみならず、精神的完全をも保護する第 223 条 b を参照するだけですでにこの原則に対して矛盾が生ぜざるをえない）、さらに量刑についても（特に第 170 条 a—c）と異なり構成要件は、態度の良心の喪失および甚だしきなおざりの必要によって厳格に限定されているか⁷⁹⁾）疑念を示す。

Ⅱ 客観的構成要件

1 看護または教育義務の放置は、特に、十分な食事または世話なしに放置する場合に存在する。食事と世話の完全な留保を要件とするのではなく、不十分の程度をもってすでに足りる。なおざりは甚だしいものでなければならない。そのようななおざりが認められるのは、たとえば、なおざりが幾日も幾夜にも及ぶ場⁸⁰⁾合、夫の不在中に母親が婚姻生活の住居で、そして子供の面前で、別の男と交渉をもつ場⁸¹⁾合。

看護義務または教育義務は、子供すなわち満14才未満者に関して存在することを要する^⑧。

2 このような放置により、子供の身体的または道徳的福祉が危くされねばならない。危くするというのは、個々の場合の状況から見て、損害の発生の可能性が招来される場合^⑨である。子供の健康が継続的に妨害され、それによって、発育の通常の経過が問題になればすでに身体的福祉の危険がある。健康の直接の傷害の可能性は要求されな^⑩い。道徳的福祉は、たとえば教育義務を負う者が、子供をしばしば料理店に伴い売春婦と一しょに帰らせた^⑪り、両親が共同の住居で、別の性的相手らと同衾^⑫することによって危くされる。

Ⅲ 主観的構成要件一

未必の故意で足りる。行為者は、自己の行為が子供の福祉を危くすること、またはその可能性あることを認識しかつ是認することを要する。さらに行為は非良心的になされること。反社会的心術から意識的に責任感情を抑圧する^⑬者、一般的道徳感情に照して、道徳的性質の抑圧に対する顧慮を高度に見失わせる者は非良心的の行為者である。なおざりが娯楽、および怠惰な行状への傾向に帰せしめられるときは良心の喪失といえ^⑭る。

Ⅳ 子供の人格に対し世話を為す者、または子供の教育または看護を全くまたは主として委託されている者（委託されているというのは、たんに一時的でなく、家族共同体の一員に加えられることを要する）はすべて行為者となる。すなわち、正規の両親、婚姻外の母親、養父母、嫡出宣告を受けた子の父、後見人、収養親、児童一難民収容所の指導者。

Ⅴ 科刑は軽懲役、非親告罪。行為は刑事上の継続状態を生ずるがゆえに、時効は継続状態の終了と同時に開始する。

Ⅵ 他の構成要件に比較して、補充的にのみ適用される。すなわち、他の規定により一層重い刑が科せられていないときにのみ。第 221 条および第 223 条 b とは法条競合。これらの規定は本条に先行する^⑮。これに反し、本条は第 143 条に先行。第 222 条とは想像的競合が可能。

G 重 婚 (§171)

Ein Ehegatte, welcher eine neue Ehe eingeht, bevor seine Ehe aufgehört oder für nichtig erklärt worden ist, ingleichen eine unverheiratete Person, welche mit einem Ehegatten, wissend, daß er verheiratet ist, eine Ehe eingeht wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft.

Sind mildende Umstände vorhanden, So tritt Gefängnisstrafe nicht unter sechs Monaten ein

Die Verjährung der Strafverfolgung beginnt mit dem Tage, an welchem eine der beiden Ehen aufgelöst oder für nichtig erklärt worden ist.

Ⅰ 本条は、婚姻法第 5 条に含まれる婚姻禁止に刑法上の保護を与えるものである。本条は倫理の保護を主眼とするものでなく、国家的秩序すなわち婚姻法により示される一夫一婦制の原則の侵害に対する制裁である。

Ⅱ 客観的構成要件は、二人の間に婚姻が開始され、その中の少なくとも一人が、たとえ実質的に

は無効または取消し得べきものであろうとも、形式的に有効な婚姻生活を為すことを必要とす⁹⁰⁾。婚姻が協力の用意ある戸籍吏の前で婚姻法 第11条に従い締結されるときは形式的に有効なものとなる。婚姻は配偶者の死亡、確定力ある取消一または離婚判決⁹¹⁾、ならびに死亡宣告⁹²⁾のばあいの再婚により解消される。死亡宣告確定前に、死亡宣告を受ける者がなお生きている事実を知りながら新しい婚姻にはいるときは可罰的重婚となる。これに反し、死亡宣告の確定後における婚姻締結にあっては、新婚の夫婦一方のみの悪意は重婚による処罰を生じない。けだし新婚締結により前婚は解消されるから重婚は生じない⁹³⁾。しかし悪意の配偶者は第 170 条により処罰される。

Ⅲ 主観的構成要件—未必の故意で足りる⁹⁴⁾。但し反対説がある。行為者が、前婚または後婚を形式上無効と信じたり、または前婚を解消したもの、または無効の宣告を受けたものと信ずるときは故意を缺く⁹⁵⁾。婚姻締結の意図をもって、後婚が開始された場合は未遂。これに反し、婚約および婚姻の予告を為すことは予備行為⁹⁶⁾にすぎない。

Ⅳ 行為者は、第一の場合は既婚配偶者、第二の場合は、既婚者と知り乍らこれと婚姻する未婚者。重婚または多数婚を許す法律をもつ外国においてめとった妻の外に、第二の妻をドイツでめとるときは第 4 条により処罰される。

Ⅴ 時効の開始に関する規定（第 3 項）は、第67条 4 項の例外を意味する。時効の開始に関する特別の指示は、立法者が誤って重婚を継続犯と解したことから説明される⁹⁷⁾。（後婚の締結により違法状態が生ずる。しかし可罰行為は継続的に行なわれるのではない、継続犯は存在しない⁹⁸⁾）。

Ⅵ 科刑は 5 年以下の重懲役。酌量減輕事情あるときは、6 カ月を下らない輕懲役。

Ⅶ 第172⁹⁹⁾条、第156条¹⁰⁰⁾と実質的競合。

H 姦 通 (§172)

Der Ehebruch wird, wenn wegen desselben die Ehe geschieden ist, an dem schuldigen Ehegatten so wie dessen Mitschuldigen mit Gefängnis bis zu sechs Monaten bestraft.

Die Vefrohlung tritt nur auf Antrag ein.

I 本罪の本質および侵害の対象については争われている。風俗犯でない事は、第13章から第172条を取り出す（1943年）以前にすでに認められていた¹⁰¹⁾。姦通は隠された一夫多妻制を以って一夫一婦制に代えるものであるから、本条は抽象的婚姻制度を保護すべきものという点に付いては意見の一致を見るが、貞操に対する請求権のみが顧慮される程法益が具体化されているかは疑問。法的結論は觀察次第で広狭何れともなる。同意が姦通の違法性を阻却するか否か、実質的には無効で形式的にのみ有効な婚姻も侵害され得るか否かも、かゝる觀察の如何による。一夫一婦制そのものにおける公共の利益が前景に立つという妥協的解答が支配的。

II 客観的構成要件—

姦通とは配偶者の第三の異性との性的結合、すなわち姦通的交接¹⁰²⁾。交接とは性器の結合を必要としそれを以って足りる。射精を必要としない（Conjunctio membrorum, ohne daß es auf emissio seminis ankäme）。正規の交接以外の性的交渉はすべて姦通でない。一派の学者はかゝ

る意見を疑問とし、その他の重大な猥褻行為、たとえば配偶者と第三者との反自然的交渉であって婚姻の純潔を少なからず害するものを姦通とする¹⁰³⁾。今日、婚姻法の領域においても、姦通は交接類似の行為を含まないとするのが支配的見解¹⁰⁴⁾。人工受精は姦通でない。

姦通には婚姻が形式的に有効なことが必要、実質的に有効なことを要しない¹⁰⁵⁾。最初存在した形式的無効が後に治癒されても、治癒前に犯された姦通は罰せられない。取消し得べき婚姻の場合も同様である。

Ⅲ 上述のように被害配偶者の同意（二重姦通のばあいには両婚姻の相手方）が行為の違法性を阻却するか否かの問題も争われる。これもまた婚姻の本質の観察如何による。たんに相互の忠実義務を目ざす者は、同意による法益の放棄に重要な意義を認めるであろうか¹⁰⁶⁾、同意による違法性の阻却を認めない超個人的婚姻観がまさっている。もちろん、実際には、同意によって処罰は排除される。けだし、同意を与える配偶者は離婚権を喪失し、それによって決定的な訴訟障害を作るから¹⁰⁷⁾。

Ⅳ 超個人的婚姻観は訴追の機能に限界を見出す。すなわち、姦通による処罰は、訴追の対象たる姦通による離婚、（ほかの理由、または別の姦通によるものであってはならない）、および欺罔された配偶者の告訴を前提とする。告訴の法的性質は、純粹な訴訟条件として一義的に解明されるが、離婚は、客観的処罰条件と見るべきか、または同様に訴訟条件と見るべきかについては争がある¹⁰⁸⁾。告訴は共同責任者の一人、たとえば姦通配偶者の未婚の相手に制限することができる。しかしこの場合にも、前以って離婚することは依然として訴訟条件である。二重姦通にあっては一個の離婚と一個の告訴で足りる。けだし、離婚しなかった方は他方の共犯者であるから。

刑事裁判官は、民事判決に拘らず独自に、姦通の有無を調査せねばならない。民事判決においては挙げられておらず、また確認されていない者も処罰される。もちろん、民事判決の基礎となっている姦通が常に問題とならねばならぬ。

告訴権者は配偶者、またはその法定代理人。このことは配偶者が他方を教唆して姦通せしめた場合にも妥当する¹⁰⁹⁾。二重姦通の場合には、双方の被害者の誰もが告訴を提起することができる。たゞし、両婚姻が姦通により解消されることを要件とする。そうでなければ、離婚した配偶者のみが告訴権者である。

告訴提起の期間は、告訴権者が離婚判決の確定を知った日をもって開始する。権利者が、行為および行為者を知った日からでもなく、判決確定力の日からでもない¹¹⁰⁾。姦通に伴う特別の事情において見られる侮辱に対する告訴期間は姦通に対する告訴期間と同時に開始する¹¹¹⁾。

Ⅴ 他の構成要件との競合可能性に関して先ず顧慮されるのは侮辱罪（§185）。姦通は同時に、被害配偶者の侮辱ともならねばならぬか、あるいはなり得るか。行為方向の一致を認める者¹¹²⁾は想像的競合を排除して、吸収すなわち第 172 条の優位する法条競合を認める傾向にある。しかし支配的見解は、正当にもかゝる可能性を拒否する。これは、被害者の個人的名誉を最初の概念に同化せしめることを禁ずることゝ主張された超個人的婚姻観に妥当する。したがって観念的競合である。しかしこれが常に妥当するのか、特別の場合にのみ妥当するのかは疑問である。観念的競合は、被害者の名誉毀損が姦通そのものからのみでなく、付随事情または姦通に属しない特別の標識から生ずるときまたは、婚姻が解消されなかったときのみ顧慮される、とするのが支配的見解である¹¹³⁾。

この種の特別の付随事情は、たとえば、姦通と共に公の暴露、家庭の平和の破壊、婚姻住居の濫用¹¹⁴⁾。告訴が人的関係においても可分となったのであるから、こゝで取り扱われた論争問題は実益を失った¹¹⁴⁾。

第 171 条とは実質的競合。

相異なる人物との繰返された姦通にあつては実質的競合。同一人物との間の繰返された姦通にあつては連続的行為が存在する。同時に実質的競合も成立。

VI 主観的構成要件は単純な故意で十分、未必の故意を含む (einfache Kongruenz)，と解する説¹¹⁵⁾と、行為者が、おのれまたは相手が既婚者であることを認識していることを要すると解する立場とがある¹¹⁶⁾。

VII 既婚者も未婚者も行為者たり得る。両者とも既婚者のばあいが二重姦通。「法律は正犯に関して、一般的刑法体系と異った実定法上の規則を選んだ。すなわち『有責の婚姻当事者』ならびに『共同責任者（相姦者）』に同時に正犯適格性が認められる。第三者たる後者は、一般原則に従えば、従犯とみなされるであろう。したがって『必要的共犯』説は対象を失った。特に一方が責任を缺くばあい、否、行為を缺くばあいにも（例、強姦）姦通があり得、反対に、相手と婚姻している婦人に対する強姦はもちろん本条の構成要件を排除する。¹¹⁷⁾」

VIII 時効は第69条により、離婚の判決が確定するまで停止する。

IX 科刑は 6 ヶ月以下の軽懲役。

X 姦通の可罰性の問題は「刑事政策上論争の余地ある問題」に属する (Hafters II S.419)。完 (1964.10.1)

註

(1) Maurach Bes. Teil SS. 354, 355.

(2) Hafters II 2 S. 413, Thormann-v. Overbeck S. 235, Boehmer, Grunaldge der bürgerlichen Rechtsordnung Bd. 1(1950 S. 54 tt); Schönke-Schr. Bes. Teil S. 506

(3) 第169条, 170条, 170条a, 171条以外の構成要件は家庭の保護を超える, Maurach Bes. Teil S. 355.

(4) Hafters II 2 S. 432 Anm. 4

(5) 「私の娘は Müller 夫人と申します」という事実に対する陳述は第169条にとっては些細な問題。これに反し「私の娘は Alfred Müller の妻である」という適切ならざる表示は、構成要件が加わることにより第169条の適用に対する根拠を与える。Maurach Bes. Teil S. 356.

(6) Ibid

(7) Binding I 234

(8) RGSt., 25¹⁹¹¹, Mezger Stu B II S. 248.

(9) RGSt. 36¹⁸⁹⁷, RG DJ1937 S. 1680

(10) RG DJ S. 1680

(11) RGSt. 28¹⁹⁰³

(12) RGSt. 70¹⁹⁰⁷, RG DJ 1937 S. 1743

(13) RGSt. 41¹⁹⁰⁴

(14) RGSt. 56¹⁹⁰⁴

- (15) RGJW 1911S. 817
- (16) RGDJ 1937 S. 1680
- (17) OLG Kassel NJW 1949 S. 518
- (18) Frank Anm. II 1
- (19) RGSt. 36₁₃₇
- (20) RGSt. 77₅₂
- (21) RG JW 1936 S. 2994, 1937S. 964, 1792; RGSt. 72₁₁₄, RG DR 1943S. 895.
- (22) さらに採血の際に他人を押し遣るばあい（OLG Oldenburg Nds RPfl. 1951 S. 37），出生を申告しないばあい（§17Pers StGes., Maurach Bes. Teil S. 320）.
- (23) Frank Anm. II 2, Gerland S.506 Anm. 7, Mezger Stu B II S. 248, OLG Düsseldorf HRR 1940 Nr73, KGDR 1940S. 1848; RGSt. 72₂₁₅, Olshausen Anm5. これは，母親が法律にもとづいて（例，§384 Nr.2 ZPO, §15FGG）裁判所に対し子供の父親についての報告を拒否する権利をもつときにのみ隠蔽を認めない。国司法大臣は1938年10月21日付の検察庁に対する回章の中で，次のようにいっている「生みの父親をたんに黙秘するのに刑を科するのは決して適切でないと考える。けだし，そのような拒否はしばしば尊敬すべき動機に基づくものであるから」と。内務大臣の回章により少年保護局は，母親の行為が生みの父親の名をたんに黙秘することに竭きるばあいは，これに対する告発は顧慮しないように指示をうけた（vgl Krug-Schäfer-Stolzenburg aa O S. 428 Anm. 1）.
- (24) RG72, 114
- (25) Maurach Bes. Teil S. 357
- (26) Olshausen 12; たとえば，妻が事実反して産婆に自分が産んだと確信させるばあいに未遂が成立する。これに反し，ある女性が，別の女性の産んだ子を自分の産んだ子として，子の実父に示すときは予備にすぎない（RG Goltd Arch 50₁₀₂）.
- (27) Schönke-Schr. Bes Teil S. 509.
- (28) Maurach Bes. Teil S. 357. RG JW 1938 S. 1585, DR 1939 S. 921
- (29) RG DJ 1937 S. 1680
- (30) RGSt. 70₁₉
- (31) RG DR 1944 S. 441, OLG Oldenburg Nds RPfl. 1951 S. 37
- (32) Mezger Bes. Teil S. 281
- (33) Mezger Bes. Teil S. 282
- (34) 婚姻法第33条
- (35) Bindung Lehrbuch IS. 235, LK Anm. 5, Olshausen Anm. 5; Frank Anm. II 2
- (36) RGSt. 22₁₃₇, Frank Anm. 11, LK Anm. 6, Olshausen Anm.6
- (37) Gerland S. 511, V. Hippel Lehrbuch S. 224, V. Liszt Schmidt S. 568
- (38) Maurach Bes. Teil S. 360
- (39) Boehmer, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung Bd. 1(1950)S. 84.
- (40) BayobLG NJW 53, 874
- (41) BayobLG NJW S. 874
- (42) RG DR 1944S. 528; Kretschmer Saarlandische Rechts-Zeitschrift によれば，家族財産は婚姻締

結と同時に結合される。自宅、一戸建住宅（一家族居住のための住宅）および居室も家族財産に属するが、営業上の利用が前面に立つ土地はしからず（OLG Kiel SchHA 1947 S. 103, OLG Dresden DR 1943 S. 695）

(43) BGHSt 3279

(44) RG DR 1944 S. 528

(45) 財産法的性質の不利益のみが顧慮され、精神的性質の不利益は顧慮されない「著しい混乱，無秩序」では十分でない（Maurach BeS. Teil S. 326）

(46) Kohlrausch-Lange Anm. II; RG DR 1944 S. 528

(47) さらに詳細は Jebesen, Die §§ 170a—170c StGB, 1946 (Diss. Freiburg 1. B.) S.23ft.

(48) Bay ObLG NJW 1953 S. 874

(49) RGSt. 75₂₄₀

(50) Jebesen aa OS. 6

(51) Maurach Bes. Teil SS. 363, 364, Hafter II 2S. 436

(52) BGE 69II 178, 71II 38

(53) §§160ft. BGB

(54) KG Cdt Arch. 70S. 77

(55) OLG Naumburg JW 1937 S. 2397 mit Anm. Roqwette

(56) OLG Köln NJW 1953 S. 1117

(57) §1610 Abs. 2BGB

(58) Rietzsch DJ 1943 S. 230

(59) OLG Köln NJW 1953 S. 518, OLG Celle Nds, Rpfl. 1952 S.76

(60) KG JW 1930 S. 580. DSt R 1938 S. 429; OLG Celle HRR 1936 Nr. 376

(61) OLG Düsseldorf DRicht Z 1934 Nr. 305, OLG Dresden HRR 1930 Nr. 265

(62) KG JW 1937 S. 1388

(63) OLG Königsberg JW 1928 S. 3064

(64) BayObLG NJW 1953 S. 1927

(65) OLG Schleswig SchHA 1953 S. 216

(66) BGHSt. 5₁₁₀; OLG Oldenburg NJW 1952 S. 118; OLG Braunschweig NJW 1953 S. 558

(67) OLG Düsseldorf NJW 1953 S. 1805

(68) BGE 73II 179

(69) Maurach はいう「客観的構成要件は完全に失敗である。第 170 条の要求（害意，甚だしい利己心）およびスイス刑法第 217 条の規定する制限（害意，労働嫌忌，放蕩）に反し，第 170 条b は一般にかゝる動機をすべて放棄しているから，可能な危険をも包含せねばならないたんなる故意でもって十分ということになる（判例も同主旨：OLG Hamm JZ 52, 690 mit Anm. Schönke; OLG Köln NJW 53, 518），本条の措辞が一致して非難されるのは当然である」と。

Welzel は修正を試み，要求される低級な動機を「免脱」の中に入れて解釈する。

Lange §170b も同旨。

(70) Hafter II S. 440 (71)Hafter II 2S. 439, Comtesse Schw ZStr. 58S. 129, Mezger StuB II S. 251; 夫

および父には、非物質的的人的看護義務が存在するのであるから、婚姻による妊娠に関する限り、そのことは同意されるべきである（民法第1353条，1627条），しかし婚姻外の妊娠が問題になる限り，それ自体好意ある規定は民法改正の努力（基本法第6条5項：私生子に対しては立法により，その肉体的および精神的発育ならびに社会における地位について，嫡出子に対すると同一の条件を与えるものとする）に，許されない方法で先だつことになる（Sauer Bes. Teil S550）

(72) Comtesse Schw ZStr. 58 S. 131

(73) Hafter II 2 S. 439

(74) RGSt. 75₂₄₀

(75) Rietzsch DJ 1943 S. 241

(76) Maurach Bes. Teil

(77) Welzel Bes. Teil S. 350

(78) BayObLG JZ 52, 538

(79) RGSt. 77₂₁₆, BGHNJW 1951 S. 282

(80) Rietzsch DJ 1943 S. 242

(81) BGHSt. 5₄₁, OLG Braunschweig HEst. 1₄₈, BayObLG HEst. 2₂₆₂; Luther NJW 1945 S. 494

(82) RG DR 1944 S. 529

(83) RGSt. 77₂₁₇

(84) Kantonsger. Graubünden Schw JZ 1949 S. 171

(85) BGHSt. 325

(86) RGSt. 75₂₄₀

(87) RGDR 1944 S. 657

(88) RGSt. 77₂₁₆, BGHNJW 1951 S. 282

(89) Schwarz Anm. 3, Mezger StuB II S. 251 für Idealkonkurrenz

(90) RGSt. 55₂₇₉, 60₂₄₈; 国外における婚姻締結に際しては，外国人にあっては，現在地の法律または本国法の遵守で足りる（Art. 11 EGBGB）

(91) §§29, 41 Ehegesetz (92)§38 Ab. 2 Ehegesetz

(93) V. Godin Eheges. (1950) §38 Anm. 3, Hoffmann-Stephan Ehe

(94) OLG Braunschweig NJW 1947 S. 71 はこれに対し，「結果の認容」では十分ならずとする。

(95) RGSt. 9₈₄

(96) 同旨 OLG Gera NJ 1948 S. 231

(97) RGSt. 15₂₆₁, OLG Köln HEst. 2₉₆₈

(98) Olshausen Anm. 5; Binding Lehrbuch 1 S. 228

(99) OLG Gera NJ 1948 S.231

(100) Mittermaier; Binding I 220

(101) 同旨 Frank Anm. 1, LK Anm. 1, Olshausen Anm 1

(102) Hafter II 2S. 422, Schmidt-Leichner ZAkDR 1940 S. 368

(103) Hoffmann-Stephan Ehegesetz [1950] §42 Anm. 3A

(104) RGSt. 60₂₅₀, V. Hippel Lehrbuch S. 224 Anm. 1, LK Anm. 3

- ⑩ Frank LK III
- ⑩ § 42 Abs, 2 Eheges
- ⑩ List-Sch⁴⁴midt 573, Mezger III 276, Sauer 584, RGSt. 22₁₃₇, Frank Anm III 1
- ⑩ RGSt. 14₂₀₄
- ⑩ RGSt. 26₁₁₆, 37₃₇₂, Binding Handbuch S. 644, Gerland S. 509, Olshausen Anm. 9d; Frank Anm. III 2.
- ⑩ RGDR 1944
- ⑩ Welzel 314; BGH MJW 52, 476
- ⑩ RG 65, 1; RG 75, 260; RG 77, 182.
- ⑩ RGSt. 77₂₆₀, 77₁₈₂; RG DJ 1941 S. 138
- ⑩ Schönke DR 1943 S. 722
- ⑩ Maurach Bes. Teil S. Schönke-Schr. Bes. Teil S. 520, V. Weber GS 116 S. 249, RGSt. 76₃₈₁.
- ⑩ Maurach Bes. Teil S. 361.
- ⑩ Schönke-Schr. Bes. Teil S. 519